Early Journal Content on JSTOR, Free to Anyone in the World

This article is one of nearly 500,000 scholarly works digitized and made freely available to everyone in the world by JSTOR.

Known as the Early Journal Content, this set of works include research articles, news, letters, and other writings published in more than 200 of the oldest leading academic journals. The works date from the mid-seventeenth to the early twentieth centuries.

We encourage people to read and share the Early Journal Content openly and to tell others that this resource exists. People may post this content online or redistribute in any way for non-commercial purposes.

Read more about Early Journal Content at http://about.jstor.org/participate-jstor/individuals/early-journal-content.

JSTOR is a digital library of academic journals, books, and primary source objects. JSTOR helps people discover, use, and build upon a wide range of content through a powerful research and teaching platform, and preserves this content for future generations. JSTOR is part of ITHAKA, a not-for-profit organization that also includes Ithaka S+R and Portico. For more information about JSTOR, please contact support@jstor.org.

XII.

Zur Lehre von der lex commissoria beim Kauf.

Von Herrn Dr. **Hugo Burckhard**,
Professor in Jena.

I.

Veranlassung zu der folgenden Abhandlung hat ein in zwei Instanzen verschieden entschiedener Rechtsfall gegeben. Wenn auch diese Zeitschrift nicht vorzugsweise zur Aufnahme praktischer Fälle bestimmt ist, so mag es doch gestattet sein, auf Grund und an der Hand des in einem solchen enthaltenen factischen Materials eine im Uebrigen davon unabhängige rechtliche Erörterung vorzunehmen, zumal wenn die Fragen, die dabei zur Sprache kommen, von so weit tragender praktischer Bedeutung sind, wie es sich hier in der That behaupten läßt. Die Theorie stellt bisweilen unter Berufung auf die Quellen Sätze auf, die man eben als im Einklang mit den Quellen stehend trotz der von anderer Seite dagegen erhobenen Bedenken als richtig hinnimmt, ohne sich zu vergegenwärtigen, zu welchen praktisch verkehrten Resultaten man mit einer solchen Ansicht gelangt. Da legt ein Fall des Lebens die Frage mit ihren Consequenzen uns näher; man fühlt, ein solches Resultat ist nicht blos eine Härte, sondern ein juristisches Unding, das kann ein römischer Jurist nicht gesagt, nicht gemeint haben; man wird zu einer eingehendern Prüfung veranlaßt, und das Ergebniß der Prüfung ist, daß das Gefühl ein berechtigtes gewesen.

Der Fall, um den es sich hier handelt, ist der:

Jemand hat das Wohnhaus eines Andern für die Summe von 1600 Thaler gekauft, unter der Bestimmung, daß die eine Hälfte des Kaufpreises am 1. April 1865, die andere am 1. Oktober 1865 berichtigt werde. Dabei ist ausdrücklich verabredet worden: „Alle Zuwiderhandlungen gegen diesen Vertrag heben denselben auf." Am 5. Februar 1865 hat Käufer auf Verlangen des Verkäufers 100 Thlr. abschläglich auf das Kaufgeld bezahlt, die weitern 700 Thlr. sind aber am 1. April nicht berichtigt worden. Es hat daher Verkäufer den Vertrag für aufgelöst erklärt und ist davon zurückgetreten. Der Käufer klagt nun auf Zurückerstattung der geleisteten Abschlagszahlung von 100 Thlr.

Das Gericht erster Instanz hat diese Klage zurückgewiesen, weil hier ein dem Kaufvertrag zugefügtes pactum commissorium vorliege, welches zur Folge habe, daß der demselben zuwiderhandelnde Käufer alles dasjenige, was er als Arrha oder theilweisen Kaufpreis bezahlt, an den Verkäufer verliere. Denn in l. 4 §. 1 und l. 6 pr. de lege comm. 18, 3 sei dem Verkäufer die Befugniß eingeräumt, eintretenden Falls das vom Käufer inzwischen abschläglich gezahlte Kaufgeld zurückzubehalten. Was von Manchen aus Gründen der Billigkeit gegen diese Annahme vorgebracht werde, sei nicht geeignet, die zweifellosen Bestimmungen der citirten Stellen zu beseitigen.

Das Gericht zweiter Instanz hat, das erstinstanzliche Erkenntniß reformirend, die Frage, ob der Verlust des abschläglich gezahlten Kaufgeldes eintrete, — abgesehen von dem Fall einer besonders verabredeten Verwirkung — verneint, einmal weil dies nicht blos die mildere, sondern auch die mit allgemeinen Rechtsgrundsätzen und dem Gedanken einer vollständigen Wiederaufhebung des Handels mit allen Consequenzen (res fit inemta) in besserem Einklang befindliche Anschauung sei, sodann aber, weil diese Ansicht, trotzdem daß die Auslegung der oben citirten Pandectenstellen eine höchst zweifelhafte sei, doch von den meisten Schriftstellern getheilt und als von Altersher gerichtsgebräuchlich bezeugt werde.

Ich trage kein Bedenken, diese Ansicht des zweitinstanzlichen Gerichts für die richtige zu erklären. Und zwar werde ich sie nicht blos durch Hinweis auf die sonst geltenden allgemeinen Rechtsprincipien, sondern auch gerade durch Erörterung und Interpretation der vom ersten Gericht als für seine Entscheidung zweifellos sprechend angeführten Pandectenstellen zu begründen suchen. Ehe ich aber hierauf eingehe, ist es zweckmäßig, das Wesen und die Natur der lex commissoria überhaupt zu betrachten und einige Fragen zu berühren, zu deren Beantwortung unser Fall auffordert. Es ist dies schon an sich von selbständigem Interesse, weil auch darüber die Meinungen getheilt sind, zugleich ist es gewissermaßen eine Vorarbeit für die Entscheidung unserer Hauptfrage.

II.

Schon in der Definition der lex commissoria macht sich die Verschiedenheit der Ansichten hinsichtlich der Beantwortung einzelner Fragen geltend. Wollte man sich wegen der Begriffsbestimmung dieses pactum adiectum lediglich an die Aussprüche der Quellen halten, so müßte man es definiren als die Nebenverabredung: wenn Käufer den Kaufpreis nicht innerhalb der festbestimmten Zeit zahle, solle der perfect gewordene Kaufvertrag wieder aufgelöst sein und für nicht geschlossen gelten, vorausgesetzt, daß Verkäufer dies will. Denn in allen Stellen, in welchen die Formel der lex commissoria enthalten ist, sowie wo überhaupt derselben Erwähnung geschieht, finden wir die drei Momente übereinstimmend: es ist eine Verabredung zu Gunsten des Verkäufers, es ist eine bestimmte Zahlungszeit festgesetzt, und die Folge der Ausübung des dem Verkäufer eingeräumten Rechts ist Wiederauflösung des perfecten Vertrags. Die Definition der neueren Schriftsteller lautet aber anders, zum Theil mit Recht. Denn es muß zugegeben werden, daß sich dieselbe oder doch eine gleichartige Nebenverabredung auch bei andern Verträgen denken läßt, soweit dies nach deren Inhalt überhaupt möglich ist.[1]) Daß dieses pactum von den

1) Vgl. Sintenis, prakt. Civilrecht, Bd. II. §. 101, Anm. 21.

Römern, abgesehen von der lex commissoria beim Pfand, nur auf den Kauf bezüglich erwähnt wird, erklärt sich einfach daraus, daß derselbe der bei weitem häufigste und praktisch wichtigste Vertrag war, wie wir denn eine ganze Reihe von Grundsätzen, die unzweifelhaft nicht auf den Kauf beschränkt sind, lediglich in Anwendung auf diesen von den römischen Juristen dargestellt und besprochen finden. Ebenso ist ohne Bedenken einzuräumen, daß die lex commissoria nicht blos zu Gunsten des Verkäufers vorkommen kann. Ein Vertrag, den Jemand mit einem Getreidehändler schließt: derselbe solle ihm bis zu einem bestimmten Tag 100 Scheffel Roggen liefern, widrigenfalls Käufer nicht an den Kauf gebunden sei, ist vollkommen zulässig. Daß sich der Fall eines solchen dem Käufer das Rücktrittsrecht einräumenden Pactums in den Quellen nicht findet, könnte einfach darauf zurückgeführt werden, daß das andere das gewöhnlichere war, und daß man es nicht für nöthig hielt, diese selbstverständliche Möglichkeit besonders zu betonen. Es läßt sich aber wohl noch ein anderer Grund dafür, zugleich ein Grund, warum jenes das gewöhnlichere war, anführen. Wenn der Käufer sich ausbedingt, daß ihm zu einer gewissen Zeit das Kaufobject geleistet werde, unter der Bedingung, daß er bei nicht rechtzeitiger Erfüllung den Kauf als nicht geschlossen betrachten könne, so wird die Sache meist so liegen, daß ihm Alles an dem Empfang der Leistung gerade an dem bestimmten Tag oder innerhalb der bestimmten Frist gelegen ist, daß er im Falle der nichtrechtzeitigen Erfüllung kein Interesse mehr an dem Bestehen des Vertrags und der verspäteten Leistung hat. In einem solchen Falle besteht aber schon nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen keine Verbindlichkeit für ihn, den Vertrag zu halten; wenn die Leistung auf einen bestimmten Zeitpunkt gerade berechnet war und derselbe vorübergegangen ist, ohne daß die Verpflichtung erfüllt worden, dann ist, wie Neuner[2]) es ausdrückt, die Erfüllung nicht blos vorenthalten, sondern das Interesse sofort verbracht, d. h. es ist dem Käufer etwas verloren gegangen, was ihm nicht in Natur wieder ge-

2) Wesen und Arten der Privatrechtsverh. S. 162 ff.

bracht werden kann, die Erfüllung ist hier nicht blos verzögert, sondern geradezu unmöglich geworden. Der Käufer kann daher vom Vertrag zurücktreten; einer besondern Verabredung, daß dann der Contract als nicht geschlossen gelten solle, bedarf es also für den Käufer unter dieser Voraussetzung gar nicht. Anders beim Verkäufer. Wenn dieser dem Käufer die Verpflichtung auflegt, ihn an einem bestimmten Tag zu bezahlen, so werden die Umstände selten der Art sein, daß das ganze Kaufgeschäft beim Zuwiderhandeln gegen diese Vertragsbestimmung ohne rechtliches Interesse für ihn ist; das Zuspätleisten steht hier nicht dem gänzlichen Nichtleisten gleich. Will er also der Saumseligkeit des Käufers eine Schranke setzen, und, statt auf die immer noch mögliche spätere Zahlung klagen zu müssen, es lieber in der Hand haben, den Vertrag nicht gelten zu lassen, dann muß er sich diese Möglichkeit durch besondere Verabredung begründen.[3]) — Mag aber der Grund der Nichterwähnung einer zu Gunsten des Käufers abgeschlossenen lex commissoria sein, welcher er will, jedenfalls ist es kein Grund, aus dem die Unstatthaftigkeit einer solchen hervorginge. Daher generalisiren die Meisten die in der lex commissoria enthaltene Bedingung mit Recht dahin: „wenn der andere Contrahent seine Verbindlichkeit aus dem Contract nicht erfüllt."

Das eine der drei Momente, welche ich als in allen Quellenstellen gleichmäßig vorkommend oben hervorgehoben habe, ist also für den Begriff der lex commissoria nicht wesentlich; es ist mehr zufällig, daß blos vom Kauf und blos vom Verkäufer als Berechtigtem die Rede ist. Gilt das nun von den beiden andern Momenten auch? Ist es auch blos zufällig oder weil es das Gewöhnlichere, das Regelmäßige ist, daß in der Formel dieses Nebenvertrags stets eine bestimmte Frist genannt wird, und daß derselbe stets als resolutiv, also das an sich perfect gewordene Geschäft wieder auflösend gefaßt ist? Auch hierüber gehen die Meinungen auseinander, obgleich freilich die Zahl der diese Frage Bejahenden bei weitem überwiegt.

---

3) Nach dem Handelsgesetzbuch Art. 354 ff. ist dies anders.

Ich schließe mich der Ansicht der Minorität an und will sie im Folgenden zu begründen suchen.

Zunächst die Frage: ist es nothwendig, daß die lex commissoria die Bestimmung einer Frist enthalte, innerhalb welcher erfüllt werden müsse? Diejenigen, die dies verneinen, weichen wieder in ihren Ansichten darüber ab, welche Grundsätze in einem solchem Fall, wo eine Frist nicht gesetzt ist, eintreten. Manche meinen, der Richter habe hier eine Frist zu bestimmen; Andere verwerfen dies Einschreiten des Richters als unbegründet und verlangen Mahnung von Seiten des Berechtigten, während noch Andere Mahnung schlechthin für nicht erforderlich halten.[3a]) Betrachten wir einen Fall der lex commissoria ohne Fristbestimmung. Es würde da vielleicht heißen: wenn du den Kaufpreis nicht bezahlst, soll res inemta sein. Eine solche Festsetzung mag dazu dienen, den Käufer zur schleunigen Erfüllung seiner Vertragsobliegenheit anzutreiben; aber was ist in Wahrheit ihre juristische Bedeutung? Es ist ein bekannter Rechtssatz: quod sine die debetur, statim debetur. Verkäufer ist also berechtigt, sogleich die Bezahlung des Kaufgelds zu fordern; denn in diesem Nebenvertrag ist keine zeitliche Hinausschiebung der Zahlungspflicht des Käufers zu erblicken. So wenig das der Fall ist, wenn Verkäufer etwa nach dem Abschluß des Geschäfts sagte: „aber du mußt mich bezahlen," so wenig ist es anzunehmen, wenn diese Einschärfung verstärkt wird durch den Zusatz: „sonst trete ich von dem Vertrag zurück." Die Pflicht des Käufers ist demnach sofort begründet. Da nun die Bedingung lautet: „wenn du deine Pflicht nicht erfüllst, wenn du nicht zahlst, soll res inemta sein," so müßte man offenbar sagen, Verkäufer könne das Kaufgeschäft rückgängig machen, wenn Käufer nicht sofort bezahlt. Also im Moment der Perfection ist der Kauf auch wieder auflösbar, es hängt ganz vom Verkäufer ab, ob das eben geschlossene Geschäft bestehen bleibe; bietet Käufer vielleicht nur einen Tag später das Kaufgeld an, so kann Verkäufer sagen, er betrachte das Vertragsverhältniß als aufgelöst, weil jener

3a) Vgl. Sintenis a. a. O. Anm. 24.

seine gesetzliche Verbindlichkeit der sofortigen Zahlung nicht erfüllt habe. Es gäbe also für den Käufer zur Vermeidung des Auflösungsrechts des Verkäufers kein anderes Mittel, als sofort im Augenblick, wo der Vertrag perfect geworden ist, zu zahlen, dann aber wäre die lex commissoria überflüssig. Das Resultat ist daher: erfolgt Zahlung sofort, so ist eine lex commissoria nicht denkbar, erfolgt sie nicht sofort, so ist der Verkäufer nicht gebunden, keinen Augenblick lang (während er bei einem verabredeten dies doch annehmen muß, wenn nur innerhalb desselben erfüllt wird); es fällt also hier die lex commissoria mit dem pactum displicentiae zusammen. Gerade für diese Verwechselung des pactum displicentiae mit der lex commissoria finden wir einen deutlichen Beleg bei Voet ad Tit. Dig. 18. 3, §. 4: er hält ein pactum commissorium sine certi diei adiectione für möglich, mit Berufung auf l. 3 de contr. emt. 18, 1 — — ut si displicuisset, inemta esset; dann sei eine Mahnung nöthig, die nach 60 Tagen geschehen könne, und dafür citirt er die l. 31 §. 22 de aed. ed. 21, 1, die bekanntlich nach der gewöhnlichen Ansicht[4]) für das pactum displicentiae diese Zeit festsetzt. — Demnach scheint mir die Behauptung gerechtfertigt, daß die lex commissoria als etwas besonderes nur denkbar ist, wenn der Vertrag zugleich eine Zeitbestimmung enthält. Nun ist freilich zuzugeben, daß statt einer genau bestimmten Erfüllungszeit die Contrahenten auch verabreden können, es solle binnen einer angemessenen Frist geleistet werden, und wie sie dies ausdrücklich ausmachen können, so kann es sich auch ohne besondere Festsetzung als ihre Intention ergeben, nämlich dann, wenn — was freilich hauptsächlich nur bei der Leistung des Verkäufers vorkommen wird — der Character der Leistung der Art ist, daß zu deren Beschaffung eine angemessene Frist bewilligt werden muß oder doch bewilligt zu werden pflegt. Man denke z. B. an den Fall, wenn sich Jemand bei einem Schneider, der zugleich das Tuch liefert, einen Rock unter einer solchen Nebenverabredung bestellt. Dann kann nicht sofortige Erfüllung ver-

4) Vgl. aber Windscheid Pand. §. 323, Anm. 14.

langt, sondern es muß dazu die angemessene Frist gestattet werden, und ob die Frist, in welcher die Leistung angeboten wird, angemessen ist oder nicht, wird nur dann in Frage kommen, wenn der Berechtigte nicht mehr annehmen will, und dann wird es zur richterlichen Cognition darüber kommen, ob die eingehaltene Frist eine angemessene gewesen sei oder nicht. Das ist aber doch etwas Anderes als die oben angegebene Meinung Mancher, daß der Richter erst eine Frist setzen solle, bis wann geleistet werden müsse, damit die Bedingung der lex commissoria nicht eintrete. Es wäre einerseits ein gewaltiger Umweg, wenn die Parteien erst zum Richter gehen und ihm vortragen wollten, sie hätten einen Vertrag des und des Inhalts geschlossen, er möge ihnen eine angemessene Frist bestimmen, das hätten sie jedenfalls näher, wenn sie sich die Frist selbst festsetzten; andrerseits gehört es auch nicht zum richterlichen Officium, ohne eigentlichen Rechtsstreit an den Rechtsgeschäften der Privaten dasjenige zu ergänzen, was diese unvollständig gelassen haben. — Gegen diese Aushülfe durch richterliches Einschreiten erklären sich denn auch die Meisten, aber sie meinen, die Möglichkeit eines commissorischen Vertrags ohne Fristbestimmung aufrecht erhalten zu können durch das für einen solchen Fall aufgestellte Erforderniß, Käufer müsse hier erst gemahnt werden. Ich halte aber diese Ansicht gleichfalls für unrichtig. Warum soll erst Mahnung vorausgehen? Liegt die Nothwendigkeit derselben in dem Vertrag? Gewiß nicht. Die Verabredung: „wenn du nicht zahlst, kann ich zurücktreten" besagt doch nicht: „wenn du auf Mahnung nicht zahlst, kann ich zurücktreten," sondern vielmehr: „wenn du ohne Mahnung freiwillig nicht zahlst." Wenn der Verkäufer blos gesagt hätte: „aber du mußt zahlen," so würde dadurch für ihn nicht die Verbindlichkeit vorher zu mahnen begründet sein, er könnte sofort klagen, Käufer wäre sofort schuldig zu erfüllen; und daran wird nichts geändert, wenn sich der Verkäufer für den Fall der Nichtzahlung ein besonderes Recht ausbedingt: das Recht steht ihm eben zu, sobald nicht sofort bezahlt wird. Was Justinian in l. 12 C. de contr. stipul. 8, 38 hinsichtlich einer Pönalstipulation für

den Fall der Nichterfüllung eines Versprechens innerhalb der ausdrücklich festgesetzten Zeit sagt:

— sancimus, ut si quis certo tempore facturum se aliquid vel daturum stipuletur, vel quae stipulator voluit, promiserit, et adiecerit, quod si statuto tempore minime haec perfecta fuerint, certam poenam dabit, sciat minime se posse debitor ad evitandam poenam adiicere, quod nullus eum admonuit; sed etiam citra ullam admonitionem eidem poenae pro stipulationis tenore fiet obnoxius, cum ea, quae promisit, ipse in memoria sua servare, non ab aliis sibi manifestari debeat poscere,

paßt nicht weniger auf den Fall, wo die besondere Verabredung einer Zeit fehlt, aus andern Grundsätzen aber sich die Zeit der Erfüllung und damit der Deficienz der für die Pönalstipulation gesetzten Bedingung ergibt (vgl. auch l. 115 §. 2 de V. O. 45, 1). Und was wäre die Folge, wenn man die Richtigkeit jener eine Mahnung für nöthig erklärenden Ansicht annehmen wollte? Nach Manchen[4a]) muß auch nach geschehener Interpellation dem Käufer noch eine kurze Frist gesetzt werden. Welches soll dann diese Frist sein? Eine Frist von zwei Monaten oder eine vom Richter nach Billigkeit zu bestimmende, wie Glück meint? Da hat man mit dem Erforderniß der Mahnung nichts gewonnen. Oder soll nun in demselben Augenblick, wo interpellirt worden ist, dem Verkäufer das Recht der Ausübung der lex commissoria erworben sein? Das wäre wieder kein Gewinn. Denn da bei einer unbetagten Forderung der Gläubiger jeden Augenblick von der Perfection an klagen und mahnen kann, so könnte er doch sogleich mahnen, er hat also mit der Perfection des Contracts das Recht aus der lex commissoria in den Händen. Warum das sofort erworbene Recht hinausschieben durch einen Umstand, den er auch sofort eintreten lassen kann? Und dann spricht gegen diese Ansicht von einer vorausgehenden Mahnung noch ein Umstand, den Sintenis[5]) allerdings als nicht zutreffend verwirft, nämlich

4a) Glück XVI. S. 276.
5) a. a. O. Anm. 24.

der, daß in der Mahnung ein stillschweigender Verzicht auf das Rücktrittsrecht liegen würde. Bei einem festbestimmten dies hat bekanntlich der Verkäufer, wenn die Bedingung der lex commissoria eingetreten ist und er sich einmal für das Eine oder für das Andere entschieden hat, kein ius variandi, von der einmal getroffenen Wahl kann er, da der Käufer dann bereits ein ius quaesitum hat, nicht einseitig wieder abgehen[6]; wenn er aber mahnt, so wählt er das Recht, die Erfüllung zu fordern. Man kann nun doch nicht in Ermangelung eines dies denjenigen Zeitpunct erst für die Zahlungspflicht des Käufers annehmen, in welchem der Verkäufer seinen Willen zu erkennen gegeben hat, daß er den Vertrag bestehen lassen wolle. Da diese Verpflichtung des Käufers, wie auch Sintenis zugeben wird, nicht erst vom Augenblick der Mahnung an datirt, sondern vorher schon bestanden hat, so ist auch hier die Mahnung nichts anderes, als die Erklärung: ich wähle das Bestehenbleiben des Vertrags und die Erfüllung deinerseits, und mit dieser Erklärung ist die Möglichkeit der Geltendmachung des Rechts aus der lex commissoria ausgeschlossen. Man vergleiche nur die beiden Fälle: „du zahlst bis zum 1. Januar, widrigenfalls ich das Recht habe zurückzutreten" und: „du zahlst, widrigenfalls u. s. w." Dort besteht die Verpflichtung mit dem 1. Januar; wenn nach diesem Zeitpunkt gemahnt wird, so ist das unzweifelhaft ein Verzicht auf das Recht der Wiederaufhebung. Hier besteht die Verpflichtung sofort mit Abschluß des Vertrags; wenn nach diesem Zeitpunkt gemahnt wird, so ist das gleichfalls ein Verzicht. Denn welcher einigermaßen plausible Unterschied läßt sich zwischen den beiden Fällen aufstellen? Und wenn der Fall so liegt, daß stillschweigend durch den Charakter der Leistung eine angemessene Frist verwilligt ist, und der Berechtigte mahnt nach einiger Zeit, so spricht er mit der Mahnung aus, daß ihm die angemessene Frist abgelaufen scheine, und daß er trotzdem nicht von dem durch die lex commissoria ihm eingeräumten Rechte Gebrauch mache. Etwas anderes, worin man einen Verzicht nicht erblicken könnte, wäre es, wenn der

6) l. 4 §. 2, l. 6 §. 2, l. 7 h. t.

Berechtigte nicht eigentlich Erfüllung verlangte, wie dies durch die Mahnung geschieht, sondern wenn er den andern Contrahenten nur an die Vertragsbestimmung erinnerte; das ist aber dann keine Mahnung, und dieser bloßen Erinnerung könnte man noch weniger die Wirkung beilegen, daß sie die fehlende Fristbestimmung ersetze. Nehmen wir aber im obigen Fall, wo kein dies solutionis ausgemacht ist, einmal an, der Berechtigte mahnte nicht außergerichtlich, sondern — was er ja sofort mit der Perfection kann — klagte auf Erfüllung: so wäre doch kein Zweifel, daß darin ein Verzicht enthalten sei; warum aber hier eine Abweichung von dem sonst geltenden Grundsatz, wonach die außergerichtliche Mahnung der gerichtlichen gleichsteht, eintreten sollte, ist nicht abzusehen. Was Sintenis[7]) hiergegen bemerkt, ist nicht stichhaltig. Er sagt: „diese Argumentation (Verzicht infolge der Mahnung) auf die äußerste Spitze der Consequenz getrieben, enthält einen offenbar unpraktischen Satz, indem der Gläubiger, bei der oft aus factischen Gründen unmöglich sichern Beantwortung der Frage, ob eine unbetagte Forderung wirklich fällig sei, bei der Ausübung seines Rechts leicht in die größte Verlegenheit kommen würde, sein Recht entweder zu verlieren oder zu früh zu klagen." Ich gestehe, daß ich mir keinen einzigen factischen Grund denken kann, der die Beantwortung der Frage, ob eine unbetagte Forderung fällig sei, unsicher machte; denn wenn die Forderung infolge des perfecten Vertrags wirklich existent geworden und dieselbe eine unbetagte ist, dann ist sie eben sofort fällig.[7a]) Damit fällt denn auch die Folgerung, die Sintenis aus dieser angeblich für den Gläubiger entstehenden Verlegenheit

7) A. a. O. Anm. 24.

7a) Die Fälle, an welche Sintenis vielleicht denkt — bei denen durch den Inhalt der Leistung eine Modification von der Regel quod sine die debetur praesenti die debetur herbeigeführt wird, indem die Beschaffung der Leistung ihrem Charakter nach eine gewisse Zeitdauer in Anspruch nimmt, wie z. B. Kauf eines zu fertigenden Rocks, Kauf einer an einem entfernten Ort zu liefernden Sache — erledigen sich durch das oben über die stillschweigende Festsetzung einer angemessenen Frist Bemerkte. Jedenfalls leiden alle die bisher gegen das Erforderniß der Mahnung angeführten Gründe auch hierauf Anwendung.

zieht, nämlich daß eine Aufforderung ebenso nöthig als zulässig sei, ohne daß dem Recht des Gläubigers dadurch ein Eintrag geschehe. Die Verlegenheit, wenn man so will, besteht vielmehr auf Seiten des Schuldners, der, wenn er nicht sofort erfüllt (welchenfalls die lex commissoria keinen Sinn hat), der Willkür des Gläubigers preisgegeben ist. Und das ist eben der Character des pactum displicentiae.

Da also das einzige Mittel, die Feststellung einer Erfüllungszeit zu ersetzen, entweder richterliche Bestimmung oder vorhergehende Mahnung wäre, beides aber nach dem Ausgeführten unstatthaft ist, so muß man als Erforderniß für die lex commissoria die Feststsetzung einer Frist, aufstellen, entweder so, daß eine genau nach dem Tag bestimmte Frist verabredet wird, oder ausdrücklich eine angemessene Frist, oder letzteres doch stillschweigend infolge des Charakters der Leistung, weil diese nicht sofort zu beschaffen ist. Aber eine Zeitbestimmung muß die lex commissoria auf die eine oder die andere Weise enthalten, denn bei sofortiger Leistung ist sie überflüssig, bei nicht sofortiger ohne jede Frist fällt sie in Wahrheit mit dem pactum displicentiae zusammen.

Noch mehr Streit herrscht über das dritte Moment, welches ich oben gleichfalls als überall in den Quellen hervorgehoben angeführt habe: daß die Wirkung der Ausübung des dem Verkäufer eingeräumten Rechts die Wiederauflösung des perfect gewordenen Vertrags sei, also über die Frage, ob zum Begriff der lex commissoria wesentlich die resolutive Fassung gehöre, oder ob sie auch als Suspensivbedingung, die Perfection des Kaufvertrags hinausschiebend, vorkommen könne, ob sie als Resolutivbedingung nothwendig, oder ob nur, wie man es ausdrückt, dafür zu präsumiren sei. In den Quellen findet sich, wie gesagt, die lex commissoria stets nur als Resolutivbedingung, die Formel: ut, si ad diem certum pecunia soluta non sit, fundus inemtus sit, läßt darüber keinen Zweifel. Ich glaube nun, abweichend von der communis opinio, daß dies nicht blos zufällig, daß die Resolutivbedingung nicht blos das Regelmäßige und dafür zu präsumiren, sondern daß sie in

dem Wesen der lex commissoria begründet und geradezu nothwendig ist.

Die Behauptung klingt paradox. Warum soll es den Parteien nicht gestattet sein, auch eine Suspensivbedingung dem Kauf zuzufügen und von deren Erfüllung das Schicksal des Vertrags abhängig sein zu lassen? Ist es doch zulässig bei dem verwandten Fall der addictio in diem, warum bei der lex commissoria nicht? Den Gründen, mit welchen der Beweis des ausschließlich resolutiven Charakters der lex commissoria zu führen gesucht wird, setzt man freilich den Einwand entgegen, alle angeführt werdenden Argumente könnten nur das Regelmäßige und Gewöhnliche beweisen, nicht die ausschließlich resolutive Eigenschaft dieses Vertrags.[8]) Ich glaube indeß, diesen Einwand durch positive Quellenzeugnisse und durch Erwägungen aus allgemeinen Rechtsgrundsätzen heraus widerlegen zu können, indem ich dabei von den Gründen abstrahire, die für die wahrscheinliche Absicht der Parteien, daß sie eine Resolutivbedingung wollen, sprechen.[9])

Die l. 2 de in diem. addict. und die l. 1 de leg. commiss. sind laut der Inscription beide aus Ulpian's Liber XXVIII. ad Sabinum entnommen. In der ersteren Stelle erörtert der Jurist ausführlich die Frage, ob bei einer in diem addictio der Kauf ein suspensiv oder ein resolutiv bedingter sei, und entscheidet sie dahin, daß es auf die Intention der Parteien ankomme, wobei er für beide Möglichkeiten Beispiele anführt. In der l. 1 de lege comm. heißt es aber einfach: si fundus lege commissoria venierit, magis est, ut sub conditione resolvi emtio quam sub conditione contrahi videatur. Das

8) Glück a. a. O. S. 275. Sintenis a. a. O. Anm. 23.

9) Ein solcher Grund wäre z. B. der: bei einem suspensiv bedingten Kauf trägt der Käufer vor Eintritt der Bedingung das periculum interitus nicht; das würde die Folge haben, daß die Verabredung, die zu Gunsten des Verkäufers abgeschlossen ist, ihm einen Nachtheil bringen könnte, und das weist der Jurist in l. 2 h. t., wenn auch in anderer Wendung, entschieden zurück. Das Hinausschieben der Zahlung, zu welcher er doch verpflichtet ist, würde den Käufer günstiger stellen, die Nichterfüllung seitens des Käufers würde dem Verkäufer das periculum überlassen, und das kann man nicht als die wahrscheinliche Absicht der Contrahenten annehmen.

magis est heißt hier nicht: es ist für diese Absicht zu präsumiren, es ist eine Resolutivbedingung infolge des Parteiwillens anzunehmen, sondern die Bedeutung ist: es spricht mehr dafür aus sachlichen Gründen, nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen, daß die lex commissoria eine Resolutivbedingung involvirt. Das ergibt sich zunächst aus l. 4 pr. eod., wo derselbe Ulpian in einem andern Werk die lex commissoria geradezu als Resolutivbedingung definirt: si fundus lege commissoria venierit, hoc est, ut nisi intra certum diem pretium sit exsolutum, in emtus fieret. Glück[10]) findet es sehr merkwürdig, daß Ulpian in der zweiten Stelle nicht dieselbe Unterscheidung mache, wie bei der in diem addictio, sondern geradezu sage, der Vertrag sei mehr resolutiv als suspensiv. Gewiß ist dies im höchsten Grade auffallend und aus dem bloßen Umstand, daß die resolutive Natur dieses Pactums das Regelmäßige und Gewöhnliche ist, nicht zu erklären. Gerade deßhalb aber ist diese Stelle, im Zusammenhalt damit, daß in allen Quellenbeispielen die lex commissoria als Resolutivbedingung gefaßt ist, während in dem Titel de in diem addictione wiederholt die beiden Möglichkeiten hervorgehoben werden, ein Argument dafür, daß der Charakter der lex commissoria anders als der der in diem addictio ausschließlich resolutiv ist. Manche berufen sich hierfür noch auf l. 2 §. 3 pro emtore. Sabinus war der Meinung, daß eine unter einer lex commissoria (ut, nisi —, res inemta fieret) verkaufte Sache nicht usucapirt werden könne, wenn das Kaufgeld nicht bezahlt sei: Paulus bemerkt dazu: sed videamus, utrum conditio sit hoc an conventio. Si conventio est — und das, so ist der Gedankengang des Paulus, ist es unzweifelhaft — magis resolvetur quam implebitur. Hier ist aber die Fassung der lex commissoria, wie immer, der Art, daß wegen dieser Fassung an dem resolutiven Charakter nicht gezweifelt werden kann, als ein absolut schlüssiges Argument läßt sich also diese Stelle nicht benutzen. Man kann sich auch nicht darauf berufen, daß Paulus, wenn die lex commissoria

10) A. a. O. S. 274.

als Suspensivbedingung möglich wäre, die Möglichkeit hier bei der Frage nach der Zulässigkeit der Usucapion auf einen bedingten Titel hin, erwähnt haben würde; denn in den folgenden §§. 4. 5. entscheidet er auch bei der resolutiv gefaßten addictio in diem und pactum displicentiae, die doch suspensiv möglich sind, lediglich, daß die emtio pura und die Usucapion statthaft sei. — Es fragt sich aber nun, ob denn diese Ansicht der römischen Juristen, daß die addictio in diem auch als Suspensivbedingung möglich sei, die lex commissoria aber nicht, eine ungerechtfertigte und willkürliche ist. Es muß doch wohl ein innerer Grund für diese verschiedene Behandlung der beiden verwandten Nebenverträge vorliegen, denn wir haben es hier nicht mit kaiserlichen Entscheidungen und Machtsprüchen zu thun, sondern mit wissenschaftlichen Erörterungen von Juristen der besten Zeit. Und in der That lassen sich Gründe für eine solche Verschiedenheit auffinden, Gründe, die auch ohne das Zeugniß der Quellen uns nöthigen würden, die lex commissoria als Suspensivbedingung für unmöglich zu erklären. Folgende Erwägung wird die Ansicht der römischen Juristen rechtfertigen. Der bei der addictio in diem zur Bedingung gemachte Umstand, das afferre einer melior conditio Seitens eines Dritten, hat mit dem Inhalt des Hauptgeschäfts nichts zu thun, es ist eine reine conditio casualis; es läßt sich das ohne alles Bedenken ebenso gut so fassen: ut perficiatur emtio, nisi melior conditio afferatur, wie so: ut meliore allata conditione discedatur ab emtione. Kann man das bei der lex commissoria auch sagen? Der zur Bedingung gemachte Umstand ist hier das Zahlen des Kaufpreises, also das Erfüllen einer Vertragsverbindlichkeit. [11]) Suspensiv gefaßt würde ein unter einer lex commissoria geschlossener Kaufvertrag lauten: ich verkaufe dir die Sache für so und so viel, wenn du mir binnen bestimmter Zeit den Kaufpreis bezahlst. Was würde die Folge davon sein, wenn man dies als zulässig ansähe? Es wäre die Perfection eines Vertrags, der durch bloßen Consens zu Stande kommt, abhängig gemacht von einer

11) Ich werde der Kürze wegen im Folgenden davon ausgehen, daß die lex commissoria zu Gunsten des Verkäufers abgeschlossen ist.

Bedingung, die in der Erfüllung einer erst aus dem perfecten Vertrag hervorgehenden Verbindlichkeit besteht. Das wäre geradezu ein juristisches Monstrum. Man könnte vielleicht geneigt sein, davon zu abstrahiren, daß die Zahlung Erfüllung des perfecten Vertrags wäre, und zu sagen, lediglich das Factum der Zahlung einer bestimmten Summe sei Bedingung für das Perfectwerden des Vertrags. Aber es läßt sich doch nicht leugnen, daß diese Zahlung zugleich Erfüllung des Vertrags ist, die Zahlung läßt sich nicht in zwei Theile zerlegen, wovon der eine als Erfüllung des Vertrags, der andere davon unabhängig als Bedingung für das Existentwerden des Vertrags in Betracht käme. Es würde das offenbar dem Wesen des Consensualvertrags widersprechen: trotz der erklärten Willensübereinstimmung über Waare und Preis wäre der Kauf nicht perfect, sondern von der vorausgehenden Leistung abhängig, es würde der Kauf geradezu zu einem Realcontract gemacht. Die Unmöglichkeit der Suspensivbedingung läßt sich aber auch noch auf einem andern Wege beweisen. Setzen wir den Fall, daß der Verkäufer keinen Gebrauch machen will von dem durch die lex commissoria ihm eingeräumten Recht, welches für ihn durch Ablauf der Zahlungsfrist entstanden ist, sondern es vorzieht, auf Erfüllung zu klagen. Würde er das, wenn die lex commissoria Suspensivbedingung wäre, können? Nein. Die Bedingung ist ja nicht erfüllt, der Vertrag ist nicht perfect geworden, und auf Erfüllung der Bedingung kann er ja nicht klagen. Also ist bei der Auffassung der lex commissoria als Suspensivbedingung die in den Quellen erwähnte und als unzweifelhaft überall stattfindend erwähnte Alternative, auf Erfüllung zu klagen oder von der lex commissoria Gebrauch zu machen, gar nicht möglich, also — ist die lex commissoria als Suspensivbedingung nicht möglich. Die Bedeutung einer Suspensivbedingung der Art: ich verkaufe dir, wenn du bis zu einer bestimmten Zeit bezahlst, könnte nur die sein, daß Käufer mit seiner Leistung vorgehen müßte und Verkäufer vorher zu erfüllen nicht verpflichtet sei; oder es ließe sich etwa als eine Art pactum de vendendo denken. Eine lex commissoria aber ist es nicht. Die sonderbaren Resultate, die bei der ent-

gegengesetzten Ansicht herauskommen müssen, lassen sich an den Erörterungen eines ihrer Vertheidiger besonders nachweisen. Treitschke, Kaufcontract §. 50, S. 179, vgl. mit Anm. 2, sagt, es sei wohl eine Verabredung denkbar, wodurch die pünktliche Zahlung zur Suspensivbedingung des Geschäfts gemacht werde, wonach also dieses erst durch die Erfüllung von Seiten des Käufers zu Stande kommen solle; nur sollte man das nicht lex commissoria nennen, denn sei der Vorbehalt Suspensivbedingung, so habe vor der Zahlung der Käufer noch gar kein Recht; mithin könne von committere, vom Verwirken seines Rechts nicht die Rede sein. Es scheint demnach, als ob Treitschke blos gegen die Zulässigkeit des Namens lex commissoria polemisire, die Wirksamkeit eines solchen Vertrags aber wenigstens auf Seiten des Verkäufers anerkenne. Das ist aber doch nicht der Fall, denn er fährt im Text fort: „Dann (d. h. bei einem derartigen Vertrag, wo die Zahlung zur Suspensivbedingung gemacht ist) ist nur ein einseitiger Vertrag vorhanden (d. h. wo der Käufer nicht gebunden ist; vgl. §. 51), wenn nicht der Käufer sich noch besonders zur Zahlung verbindlich macht." Wenn aber letzteres geschehen ist, so kann der Verkäufer gegen ihn klagen, und das könnte er eben nicht, wenn die Zahlung Suspensivbedingung wäre, weil pendente conditione ein solches Recht für den Verkäufer nicht begründet ist: es läßt sich absolut nicht vereinigen, daß sich Jemand zur Zahlung besonders verbindlich macht, und doch die Verbindlichkeit zur Zahlung von der Zahlung selbst abhängt.

III.

Nach den bisherigen Erörterungen muß die lex commissoria definirt werden als der dem perfecten Hauptvertrag zu Gunsten des einen Contrahenten zugefügte Nebenvertrag, daß, wenn der andere Contrahent seine Verbindlichkeit innerhalb gewisser Zeit nicht erfülle, der Hauptvertrag nicht gelten solle. Dabei ist der Ausgang davon genommen worden, wie sich diese Nebenverabredung beim Kauf und ähnlichen Contracten darstellt. Es ist aber von Interesse, die Bedeutung der lex commissoria in dem einzigen Falle, in dem die Römer außer

beim Kauf eine ſolche erwähnen, zu vergleichen, wenn auch dieſer Fall infolge ſpäterer kaiſerlicher Entſcheidung weggefallen iſt. Ich will gleich vorausſchicken, daß, trotzdem zwiſchen der lex commissoria beim Pfand und der beim Kauf mehr Aehnlichkeit beſteht, als gewöhnlich angenommen wird, man doch mit einer analogen Anwendung der bei der erſtern geltenden Grundſätze auf die letztere vorſichtig ſein muß, weil hinſichtlich weſentlicher Punkte Verſchiedenheiten hervortreten.

Man [12]) ſagt, die lex commissoria beim Pfandrecht habe eine andere Bedeutung als beim Kauf, das Gemeinſchaftliche ſei der Begriff des committere. Der Begriff des committere iſt aber hier gewiß nicht der, den Weber in ſeinen Verſuchen aus dem Civilrecht, Abh. V, aufſtellt, nämlich der, daß man einem Andern etwas überlaſſe, etwas zu ſeiner Verfügung ſtelle, — wie dies ſchon Donellus Comm. Lib. XVI. cap. 19 wenigſtens in Bezug auf den Kauf gleichfalls meint, indem er dies Wort ſo erklärt: rem alterius arbitrio et potestati subiicere, ut sit eius electio, utrum contractum irritum facere an valere velit sua lege contemta — ſondern es liegt darin der Begriff des Verfallens. Ich kann dafür einfach auf die Ausführung von Warnkönig in dieſem Archiv, Bd. 24, S. 321, verweiſen. Danach ſcheint es, als ob die Vorausſetzungen und die Wirkungen bei beiden Fällen der lex commissoria die gleichen wären; die Vorausſetzung bei beiden: Exiſtenz der Bedingung, „wenn nicht gezahlt, bezüglich erfüllt wird"; die Wirkung bei beiden: Eintritt eines Nachtheiles, Verfallen eines Rechts (beim Kauf Verluſt des Rechts aus dem Vertrag, beim Pfandrecht Verluſt des Rechts am Pfandobject) für den ſeine Verbindlichkeit nicht Erfüllenden. Noch mehr tritt dieſe Gleichheit hervor, wenn wir auf die älteſte Geſtalt des Pfandrechts blicken. Bei der fiducia wurde der Gläubiger ſofort Eigenthümer der Sache und war nur durch das pactum de remancipando verpflichtet, dieſelbe dem Schuldner zu Eigenthum zurückzugeben, wenn die Forderung

12) Vgl. z. B. Sintenis a. a. O. Anm. 21.

getilgt war. Wenn hierbei eine lex commissoria abgeschlossen worden, so war sie diesem pactum fiduciae zugefügt: der Pfandgläubiger hatte, wenn die Schuld nicht rechtzeitig bezahlt war, das Recht, diesen Vertrag über Rückgabe des Pfandobjects als nicht geschlossen zu betrachten, und der Schuldner hatte das an sich ihm aus diesem pactum fiduciae zustehende Recht, die Sache zurückzufordern, verwirkt, also ganz, wie beim Kauf der Verkäufer sagen kann, die res soll inemta sein, und das Recht des Käufers aus dem perfecten Vertrag verfallen ist. Die Wirkung ist also bei beiden Verlust eines vertragsmäßig erworbenen Rechts infolge der Nichterfüllung einer vertragsmäßigen Verbindlichkeit, nur daß es sich beim Kauf um Nichterfüllung einer Verbindlichkeit handelt, die aus dem unter der lex commissoria abgeschlossenen Vertrag selbst hervorgeht, beim Pfandrecht aber um Nichterfüllung der aus einem andern Obligationsverhältniß hervorgehenden Verbindlichkeit, die aber doch als Hauptschuld mit dem accessorischen Pfandvertrag eng zusammenhängt. Die lex commissoria bei der alten fiducia hat demnach wie beim Kauf den Charakter einer Resolutivbedingung: der perfecte Vertrag, wonach der Pfandschuldner die Sache wieder zu Eigenthum bekommen soll, ist aufgelöst; es ist so, wie wenn dieser Vertrag gar nicht geschlossen wäre, der Gläubiger bleibt Eigenthümer. Anders gestaltet sich freilich das Verhältniß bei dem pignus und der hypotheca. Der Schuldner ist hier Eigenthümer geblieben; er verspricht durch die lex commissoria, daß er dem Gläubiger das Pfandobject zu Eigenthum geben wolle, falls er nicht rechtzeitig zahle. Der Vertrag ist hier ein suspensiv bedingter. Man könnte geneigt sein, auch hier eine Resolutivbedingung anzunehmen, weil ja auch hier von einem committere, einem Verfallen und Verwirken eines Rechts die Rede ist, indem der Schuldner das ihm zustehende Eigenthumsrecht an den Gläubiger verlieren will, wenn er nicht zahlt. Aber es handelt sich hier in Wahrheit nicht, wie es im Wesen der Resolutivbedingung liegt, um Resolution eines durch die Parteien begründeten und zwischen ihnen bereits bestehenden Rechtsverhältnisses, sondern um die Begründung eines Rechtsverhältnisses, welches unter der Vor-

aussetzung eines gewissen Umstands einen Verlust für den einen Theil zur Folge hat, wie dies bei jedem suspensiv bedingten Rechtsgeschäft existente conditione der Fall ist. Es liegt hier nicht ein negotium purum quod sub conditione resolvitur vor, sondern ein negotium quod sub conditione contrahitur. Und doch ist hier ganz mit Recht der Name lex commissoria beibehalten worden. Denn im Begriff des committere liegt an sich noch nicht die Nothwendigkeit der Resolutivbedingung: es ist nur die Seite betont, daß der Schuldner etwas verliert; dieser Verlust aber, der in einen Act mit dem Erwerb des Rechts für den Gläubiger zusammenfällt, ist ein suspensiv bedingter. Ist nun aber nicht, bei der oben hervorgehobenen Aehnlichkeit zwischen den beiden Fällen der lex commissoria, der Umstand, daß diese Nebenverabredung beim Pfandrecht eine Suspensivbedingung involvirt, ein Gegenbeweis gegen die von mir vertheidigte Ansicht, daß die lex commissoria beim Kauf als Suspensivbedingung nicht möglich sei? Ich glaube nicht. Denn die Gründe, die beim Kauf diese Möglichkeit ausschlossen, liegen hier nicht vor. Beim Pfand ist der zur Bedingung gemachte Umstand die Nichterfüllung eines perfecten Vertrages, der Hauptobligation, und das dadurch Bedingte ist nicht das Bestehen bezüglich das Entstehen dieser Hauptobligation, sondern der Verlust eines davon ganz unabhängigen Rechts, des Eigenthums am Pfandobject, für den Schuldner bezüglich der Erwerb dieses Rechts für den Gläubiger. Beim Kauf hingegen, wenn man hier die lex commissoria suspensiv fassen wollte, wäre der zur Bedingung gemachte Umstand die Erfüllung eines nicht perfecten Vertrags und das dadurch Bedingte doch gerade das Existentwerden dieses selben Vertrags, und das ist einfach undenkbar. Ebenso wenig trifft der andere Grund, der beim Kauf gegen die Möglichkeit der Suspensivbedingung angeführt worden ist, hier beim Pfandrecht zu: der Verkäufer würde, wenn es Suspensivbedingung wäre, nicht die Alternative haben, ob er auf Erfüllung des Kaufs klagen wollte; denn da die Bedingung im Fall der Nichtzahlung innerhalb der bestimmten Frist deficirt wäre, so wäre der Vertrag gar nicht perfect geworden;

wenn hingegen beim Pfandrecht der Gläubiger nicht das Recht aus der lex commissoria wählt und sich nicht als Eigenthümer betrachten will [13]), sondern es vorzieht, seine Forderung aus der Hauptobligation einzutreiben bezüglich das Pfandobject zu fordern, um es an einen Dritten zu veräußern und aus dem Erlös seine Befriedigung zu suchen, so steht dem nicht das Geringste entgegen. Denn daß der Pfandgläubiger diese Alternative hat und so wenig wie der Verkäufer gezwungen ist, das ihm durch den Nebenvertrag eingeräumte Recht auszuüben, unterliegt wohl keinem Zweifel. Dieselbe Argumentation, mit der in den Quellen diese Alternative beim Kauf begründet wird, daß nämlich das zu Gunsten des Verkäufers geschlossene Pactum andern Falles zu seinem Nachtheil ausschlagen könnte, paßt auch beim Pfandrecht; überdies haben wir eine ausdrückliche Bestätigung bei Cicero Epist. famil. XIII. epist. 56: Philotes Alabandensis hypothecas Cluvio dedit (scil. sub lege commissoria). Hae commissae sunt. Cures velim, ut de hypothecis decedat easque procuratoribus Cluvii tradat aut pecuniam solvat. — Es ist hiernach durch den Umstand, daß die lex commissoria beim Pfandrecht in seiner spätern Gestalt eine Suspensivbedingung enthält, an der oben aufgestellten Behauptung, daß die lex commissoria beim Kauf nur als Resolutivbedingung denkbar sei, nichts geändert worden.

IV.

Wenden wir nun unsern oben festgestellten Begriff der lex commissoria beim Kauf, der ja von den Meisten in gleicher Weise wenigstens als das Regelmäßige bestimmt wird, auf den concreten Fall an, von welchem wir ausgegangen sind, um zu prüfen, ob wir es mit einer lex commissoria zu thun haben. Die Parteien sind einig geworden über Waare und Preis, das Kaufgeld soll in zwei Hälften bezahlt werden,

13) Zum Erwerb des Eigenthums würde natürlich Tradition erforderlich sein, durch bloßen Vertrag geht das Eigenthum nicht über.

und für jede Zahlung ist ein bestimmter Termin gesetzt; dabei ist verabredet worden: alle Zuwiderhandlungen gegen diesen Vertrag heben denselben auf. Es ist, als hätten wir einen Fall der Quellen vor uns; wir brauchen nur die letzterwähnte Verabredung so aufzulösen: wenn das Kaufgeld nicht zu der bestimmten Zeit gezahlt wird — denn lediglich diese Zuwiderhandlung haben die Contrahenten im Auge gehabt —, gilt der Vertrag für aufgehoben. Daß trotz der allgemein lautenden Worte nur der Verkäufer aus diesem Nebenvertrag ein Recht hat, daß nicht etwa der nicht rechtzeitig erfüllende Käufer gegenüber einer Klage des Verkäufers auf Zahlung sich auf die Aufhebung des Vertrags berufen könnte, versteht sich von selbst, da er unmöglich aus seiner eigenen Zuwiderhandlung gegen die Vertragsbestimmung Rechte für sich ableiten kann; es bedarf kaum des Hinweises auf l. 2, 3. h. t. Es ist also von beiden Gerichten mit vollem Recht in dem vorliegenden Falle eine lex commissoria zu Gunsten des Verkäufers erblickt worden. Aber es entsteht die weitere Frage, ob trotzdem mit Recht der Kaufvertrag als aufgelöst betrachtet worden ist, ob in der That die Annahme, daß alle Voraussetzungen für die Ausübung des dem Verkäufer eingeräumten Rechts vorhanden seien, eine begründete ist. Es hatte nämlich der Verkäufer das Haus noch nicht tradirt, als die Zahlung der ersten Hälfte fällig wurde. Nun ist es ein bekannter Satz, daß der Fall der lex commissoria nicht eintritt, wenn der Berechtigte, also hier der Verkäufer, selbst an der Nichterfüllung des Hauptvertrags schuld ist, wenn er sich z. B. in mora accipiendi befindet, ebenso aber auch dann, wenn er durch Nichterfüllung der ihm gegen den Andern obliegenden Pflichten diesem gegründete Veranlassung zur Zurückhaltung der Leistung gibt. Die l. ult. §. 1 de rescind. vend. 18. 5. enthält einen Fall, auf den sich dieser Satz stützt. Der Käufer hat sich, weil er fürchtet, es würden von Andern Ansprüche auf das Kaufobject erhoben werden, bedungen, ut ex pretio aliqua summa apud se maneret, donec emtori fideiussor daretur a venditore; dann ist noch eine lex commissoria zu Gunsten des Verkäufers abgeschlossen worden. Scävola entscheidet, non posse

posterioris legis partem exerceri, wenn der Bürge nicht bestellt sei. Läßt sich nun diese Entscheidung auch auf den Fall anwenden, wenn der Verkäufer mit der Tradition des Kaufobjects im Rückstand ist? Die Quellen enthalten keinen Ausspruch darüber, sie setzen überall voraus, daß der Verkäufer bereits tradirt habe. Manche Schriftsteller bejahen unter Berufung auf l. ult. §. 1 cit. diese Frage direct; so sagt J. Meier Colleg. Argent. ad h. t. §. 5.: Non in legem hanc commisisse intelligitur emtor, si, postquam venditor in re tradenda aut aliis, quae ex illius parte intervenire debuissent, moram fecerit, ipse quoque interim non sua die pretium solvit; nunquam enim moram in pretio facere emtor intelligitur, qui merce non oblata cessat, et male moram in emtore accusat venditor, quam ipse quoque admisit. Andere fassen den aus der obigen Quellenstelle entnommenen Satz so allgemein, daß auch dieser Fall mit darunter begriffen ist, so Glück XVI. S. 242: „Auf keinen Fall kann jedoch den Käufer der Vorwurf einer Säumniß treffen, so lange der Verkäufer selbst den Contract noch nicht in allen Punkten erfüllt hat. Denn wie kann er hier den Käufer eines Verzugs beschuldigen, wenn er seinerseits noch Punkten des Contracts nachzukommen hat?" Für diese Ansicht scheint allerdings auf den ersten Blick die l. ult. §. 1 cit. zu sprechen. Es ist in jener Stelle ausgeführt, die früher begründete Verbindlichkeit des Verkäufers, einen Bürgen zu bestellen, müsse erst erfüllt sein, ehe von dem Recht desselben aus dem zu seinen Gunsten abgeschlossenen Nebenvertrag die Rede sein könne, also — könnte man argumentiren — muß auch der vor der lex commissoria, die ja die Auflösung des perfecten Vertrags zum Gegenstand hat, begründeten Verbindlichkeit des Verkäufers zur Tradition des Kaufobjects erst Genüge geschehen sein, bevor derselbe sich auf die lex commissoria berufen kann. Aber die Gleichheit dieser beiden Fälle ist doch nur eine scheinbare. Nehmen wir an, es sei ausdrücklich verabredet worden, daß die Tradition Seitens des Verkäufers nicht eher zu erfolgen habe, als bis ihm der ganze Kaufpreis bezahlt sei, daß also der Käufer mit seiner Leistung

den Anfang machen müsse. Ist das geschehen, so kann sich natürlich der Käufer zur Abwendung der nachtheiligen Folgen seiner Nichtleistung, mögen dies die allgemeinen Nachtheile der Mora oder der specielle aus der lex commissoria erwachsende Nachtheil sein, nicht darauf berufen, daß ja auch der Verkäufer noch nicht geleistet habe. Der ausdrücklichen Verabredung steht die stillschweigende gleich. Und eine solche stillschweigende Verabredung ist doch wohl anzunehmen, wenn der Verkäufer sagt, bezüglich durch sein factisches Nichttradiren des Kaufobjects erklärt: ich tradire dir die Sache noch nicht, du mußt aber den Preis bis zu einer bestimmten Zeit bezahlen, widrigenfalls der Vertrag für aufgehoben gilt, und der Käufer dieser Bestimmung consentirt. Gerade umgekehrt liegt die Sache in dem Fall der l. ult. §. 1 cit.: hier bedingt sich der Käufer durch ausdrücklichen Vertrag, daß er nicht eher zu bezahlen brauche, als bis ihm der Bürge bestellt sei, also daß der Verkäufer mit einer Leistung vorgehen solle. Das hebt auch Scävola in seinem Responsum besonders hervor: respondit: si convenisset, ut non prius pecunia solveretur quam fideiussor venditi causa daretur etc. Dazu kommt noch, daß der ganze Zweck dieser Vertragsbestimmung, wonach Verkäufer Bürgschaft leisten soll, verfehlt sein würde, wenn Käufer vor der Bürgschaftsleistung zu zahlen verpflichtet wäre. Die Gründe also, die die Entscheidung der l. ult. §. 1 cit. gerechtfertigt erscheinen lassen, liegen da nicht vor, wo es sich blos darum handelt, ob der Käufer sich in Bezug auf die lex commissoria darauf berufen könne, daß der Verkäufer das Kaufobject noch nicht tradirt habe. Es sind demnach in unserm concreten Falle sämmtliche Voraussetzungen dieses Nebenvertrags vorhanden und für den Verkäufer die Befugniß, das ihm dadurch eingeräumte Recht auszuüben, begründet.

(Schluß folgt im nächsten Hefte.)